

Audience publique du 31 décembre 2007

Recours formé par
la **société anonyme M.**, ...
contre
quatre bulletins émis par le **bureau d'imposition Sociétés 2**
en matière d'impôts

JUGEMENT

Vu la requête déposée le 26 avril 2007 au greffe du tribunal administratif, inscrite sous le numéro 22876 du rôle, par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, assisté de Maître Geoffrey SCARDONI, avocat, les deux inscrits au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme M., ayant son siège social à L-..., immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, tendant à la réformation, sinon à l'annulation du bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 1999, du bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, du bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et du bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, tous émis à son égard le 29 septembre 2004 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les bulletins critiqués ;

Où le juge-rapporteur en son rapport, ainsi que Maître Geoffrey SCARDONI en sa plaidoirie.

Ayant été constituée le 28 novembre 1997, la société anonyme M., préqualifiée, acquit, à travers deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, des droits sur un total de 2.400.000 actions de la société T., domiciliée à Singapour, ci-après désignée par la « société T. », et une option d'achat sur ces mêmes actions tandis que les donneurs des

options restèrent les propriétaires juridiques desdites actions. Cette participation représentait 60% du capital de la société T..

En date du 5 décembre 2003, la société M. exerça son droit d'option et devint propriétaire des 2.400.000 actions de la société T.

Suite au dépôt en date du 12 mai 2003 de sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 1999 par la société M., le bureau d'imposition Sociétés 2 du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « bureau d'imposition », informa, par courrier du 27 août 2004 et les projets d'imposition y annexés, la société M. notamment de ce qu'il entendait ne pas admettre l'exonération d'impôt des dividendes lui versés par la société T. en vertu de ses droits découlant des deux « *option agreements* » sur base des motifs énoncés comme suit :

« Dispositions de l'article 166 LIR non applicables aux revenus se rapportant aux « call options » sur actions de T. INVESTMENTS PTE Ltd, vu que l'option sur actions « call options » de T. INVESTMENTS PTE Ltd ne constitue pas une participation détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux ».

Sur base du même raisonnement, le bureau d'imposition informa la société M. également de ce qu'il entendait ne pas appliquer l'exonération d'impôt à la valeur des actions de la société T. dans le cadre de la fixation de la fortune d'exploitation de la société M..

Par courrier de son conseil fiscal du 16 septembre 2004, la société M. présenta au bureau d'imposition ses objections contre les redressements annoncés par le bureau d'imposition.

En date du 29 septembre 2004, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société M. les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, ainsi que les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et au 1^{er} janvier 2001, lesquels maintinrent les redressements annoncés dans le courrier du 27 août 2004 et reprirent les motivations précitées afférentes.

En date du 24 décembre 2004, la société M. fit introduire auprès du directeur de l'administration des Contributions directes une réclamation contre ces quatre bulletins du 29 septembre 2004.

Cette réclamation n'ayant jusque lors pas fait l'objet d'une décision de la part du directeur de l'administration des Contributions directes, la société M. a fait introduire, par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 26 avril 2007, un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins prévisés de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, ainsi que des bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et 1^{er} janvier 2001.

Au vœu des dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts, communément appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « *AO* », et de l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal est compétent pour statuer comme juge du fond sur le recours dirigé par un contribuable contre des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et d'établissement de la valeur unitaire en l'absence de décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation de sa part contre ces bulletins. Le recours principal en réformation ayant par ailleurs été introduit dans les formes et délai de la

loi, il est recevable. Par voie de conséquence, le recours subsidiaire en annulation encourt l'irrecevabilité.

A l'appui de son recours, la société demanderesse relate d'abord les caractéristiques essentielles des deux « *option agreements* » :

- la société demanderesse a acquis au prix de 2.400.000 dollars de Singapour les options d'acheter 2.400.000 actions de la société T., de manière qu'en présence d'une valeur nominale de 1 dollar par action, le prix des options est identique au prix d'achat des actions,
- la société demanderesse a le droit d'acquérir la propriété légale de toutes les actions pour le prix d'un dollar de Singapour,
- les 2.400.000 actions de la société T. représentent 60% du capital de cette société qui a également bénéficié de prêts de la part de la société demanderesse pour un total de 10.000.000 USD,
- les donneurs des options n'ont pas le droit de mettre fin unilatéralement aux contrats d'option,
- la société demanderesse a le droit de désigner un mandataire qui exercera le droit de vote pour les 2.400.000 actions lors de n'importe quelle assemblée générale de la société T., de manière que grâce à la participation majoritaire elle peut exercer une influence directe sur la gestion et nommer des dirigeants,
- la société demanderesse bénéficie à 100% des dividendes payés par la société T. du chef des 2.400.000 actions, les donneurs des options étant obligés de lui transférer les dividendes.

La société demanderesse considère que ces deux contrats satisferaient à tous les critères d'un contrat fiduciaire, mais qu'ils ne seraient pas structurés sous cette forme légale pour la raison que le concept d'un contrat fiduciaire au sens du droit luxembourgeois se heurterait à des problèmes juridiques à Singapour. Le but de l'opération aurait résidé dans l'intention pour elle d'obtenir une participation dans le capital de la société T., mais de ne pas apparaître comme actionnaire de cette société vis-à-vis des tiers pour des raisons purement commerciales.

Ensuite, la société demanderesse se prévaut du § 11 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, communément désignée « *Steueranpassungsgesetz* », en abrégé « *StAnpG* », qui exprimerait le principe en droit fiscal que la propriété économique l'emporte sur la propriété juridique, de manière que le maître économique d'un bien serait à considérer comme son « *propriétaire fiscal* » même si la propriété juridique appartient à autrui. Ainsi, devrait être qualifiée de propriétaire économique la personne étant à même d'exercer sur le bien en cause un pouvoir effectif, qui peut entièrement bénéficier des fruits de l'investissement et qui assume le risque d'une éventuelle moins-value ou perte du bien. La société demanderesse renvoie également aux circulaires administratives relatives au leasing et l'application de ces principes généraux à la propriété d'actions par la jurisprudence allemande, au vœu de laquelle la propriété économique des actions est transférée si une autre personne que le propriétaire juridique détient une position légale à acquérir les actions que le propriétaire juridique ne peut plus lui retirer, si cette autre personne peut bénéficier d'une éventuelle plus-value et assume le risque d'une éventuelle moins-value ou perte du bien et si

les droits essentiels attachés aux actions, dont surtout celui de bénéficier des dividendes et le droit de vote, sont transférés à cette autre personne. La société demanderesse renvoie finalement à un arrêt de la Cour administrative du 23 mars 2000 relatif à un démembrement de propriété portant sur des actions à l'appui de son argumentation.

Sur base de ces arguments, la société demanderesse considère que le bureau d'imposition lui aurait refusé à tort le bénéfice du régime mère-filiale en ce qui concerne tant l'exonération des dividendes lui payés en raison des actions en cause de la société T. que l'exonération de la valeur de ces actions dans le cadre de la fixation de sa fortune d'exploitation.

Au vœu de l'article 166 paragraphes (1) et (2) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « LIR », les revenus d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités détenue directement par une société anonyme résidente pleinement imposable sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités lorsque, à la date de la mise à disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de 50 millions de francs.

Il en découle que cette disposition ne bénéficie qu'à une participation directe dans le capital d'une autre société et que la participation doit être « *détenue* » par la société invoquant l'exonération des revenus provenant de cette participation.

La notion de détention n'étant pas autrement définie à l'article 166 LIR, il y a lieu de se référer à la disposition générale du § 11 StAnpG concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens qui dispose sous ses points 3. et 4. que des « *Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet* » et que des « *Wirtschaftsgüter, die jemand in Eigenbesitz hat, werden dem Eigenbesitzer zugerechnet. Eigenbesitzer ist, wer ein Wirtschaftsgut als ihm gehörig besitzt* ».

En l'espèce, il résulte des deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999 que la société demanderesse a certes acquis une option d'achat sur les 2.400.000 actions de la société T., option non autrement limitée dans le temps, et que les propriétaires juridiques des actions se sont engagés à empêcher les sociétés dont les actions furent détenues par la société T. d'exécuter certaines opérations qui pourraient créer un risque pour l'activité et la valeur de ces sociétés.

Cependant, il résulte également de ces contrats que les propriétaires juridiques conservent en principe leur droit de vote, la société demanderesse n'étant en droit que d'être consultée et d'envoyer sur demande expresse de sa part un de ses représentants, en lieu et place des propriétaires juridiques, aux assemblées générales de la société T.. En outre, il est vrai que les deux contrats comportent en annexe des « *deed of assignment* » portant plus particulièrement sur le droit de perception des dividendes du chef des actions en cause, mais force est de constater que les « *deed of assignment* » versés en cause ne constituent que les projets annexés aux deux contrats des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999 qui devront, d'après les stipulations des deux contrats, être signés par les propriétaires juridiques après l'attribution des actions en cause en leur faveur et remis à la société demanderesse. Or, la société demanderesse n'a pas soumis les « *deed of assignment* » dûment signés et datés en conformité avec les deux contrats, de manière qu'elle reste en défaut d'apporter la preuve que ces actes ont été adoptés par les parties aux contrats et que le transfert du droit de

perception des dividendes distribués par la société T. du chef des actions en cause a effectivement été opéré en faveur de la société demanderesse. Finalement, le tribunal doit relever que les deux contrats stipulent entre autres que les propriétaires juridiques garantissent à la société demanderesse qu'ils resteront les « *beneficial owners* » des 2.400.000 actions en cause pour toute la durée de validité de l'option d'achat.

Dans ces conditions, la société demanderesse, bénéficiant en substance d'une option d'achat et de certains droits afin de préserver la valeur de la participation en cause, ne peut être considérée comme bénéficiaire de cette participation et partant comme détenteur direct au sens de l'article 166 LIR. La même solution s'impose dans le cadre de l'application du § 9 n° 2a de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et du § 60 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'évaluation des biens et valeurs.

Il s'ensuit que le recours sous analyse laisse d'être fondé.

PAR CES MOTIFS

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties,
reçoit le recours principal en réformation en la forme,
au fond, le déclare non justifié et en déboute,
déclare le recours subsidiaire en annulation irrecevable,
condamne la société demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par:

M. SCHOCKWEILER, premier vice-président,

M. SCHROEDER, premier juge,

Mme GILLARDIN, juge,

et lu à l'audience publique du 31 décembre 2007 par le premier vice-président, en présence de M. LEGILLE, greffier.

s. LEGILLE

s. SCHOCKWEILER